

**Sag C-416/21**

**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement**

**Dato for indlevering:**

7. juli 2021

**Forelæggende ret:**

Bayerisches Oberstes Landesgericht (Tyskland)

**Afgørelse af:**

24. juni 2021

**Indklaget og appellandt:**

Landkreis A.-F.

**Klagere og appelindstævnte:**

J. Sch. Omnibusunternehmen

K. Reisen GmbH

---

**Hovedsagens genstand**

Klage over udelukkelse af to indbyrdes tilknyttede tilbudsgivere fra en udbudsprocedure på grund af overtrædelse af kravet om hemmelig konkurrence og på grund af konkurrencefordrejning

**Genstand og retsgrundlag for forelæggelsen**

Fortolkning af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF; artikel 267 TEUF

## Præjudicielle spørgsmål

1. Skal artikel 57, stk. 4, litra d), i direktiv 2014/24/EU fortolkes således, at den ordregivende myndighed skal have tilstrækkelig plausible indikationer til at konkludere, at de økonomiske aktører har overtrådt artikel 101 TEUF?
2. Skal artikel 57, stk. 4, litra d), i direktiv 2014/24/EU fortolkes som en udtømmende regulering af de fakultative udelukkelsesgrunde i den forstand, at ligebehandlingsprincippet (samme direktivs artikel 18, stk. 1) ikke kan være til hinder for en kontrakttildelem, når der afgives tilbud, som hverken er selvstændige eller uafhængige?
3. Skal artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24/EU fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for, at virksomheder, der udgør en økonomisk enhed og har afgivet hver sit tilbud, tildeles en kontrakt?

En besvarelse af det andet og det tredje spørgsmål er kun nødvendig, såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende.

## Anførte EU-retlige forskrifter

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65): artikel 18, stk. 1, og artikel 57, stk. 4

## Anførte nationale retsfor skrifter

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (lov om konkurrencebegrænsninger, herefter »GWB«), §§ 1, 97 og 124:

### § 1 Forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler

Aftaler mellem virksomheder, beslutninger truffet af virksomhedssammenslutninger og samordnet praksis, som har til formål eller resultat at forhindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, er forbudt.

### § 97 Udbudsprincipper

1. Offentlige kontrakter og koncessioner udbydes på konkurrencevilkår og tildeles ved gennemsigtige procedurer. I denne forbindelse skal princippet om økonomisk rentabilitet og proportionalitetsprincippet overholdes.

2. Deltagerne i en udbudsprocedure skal behandles lige, medmindre en forskelsbehandling udtrykkeligt er påbudt eller tilladt i medfør af denne lov.

### § 124 Fakultative udelukkelsesgrunde

1. De ordregivende myndigheder kan under overholdelse af proportionalitetsprincippet til hver en tid udelukke en virksomhed fra at deltage i en offentlig udbudsprocedure, hvis:

[...]

2. [...] der er indgivet begæring om eller iværksat insolvensbehandling eller en tilsvarende behandling af selskabet, [...]

3. virksomheden i forbindelse med udøvelsen af erhvervet har begået en dokumenteret alvorlig forsømmelse, der sår tvivl om dennes integritet [...]

4. den ordregivende myndighed har tilstrækkelig plausible indikationer til at konkludere, at den økonomiske aktør har indgået aftaler eller samordnet praksis med andre virksomheder, som har til følge eller formål at vanskeliggøre, begrænse eller fordreje konkurrencen,

[...]

8. virksomheden for så vidt angår udelukkelsesgrunde eller udvælgelseskriterier har afgivet groft urigtige oplysninger eller har tilbageholdt oplysninger [...]

### **Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne**

- 1 Den indklagede, en Landkreis (region), har til hensigt at udbyde offentlig busstrafik i offentligt udbud. Den anslåede værdi af udbuddet overstiger tærskelværdien i henhold til artikel 4, litra c), i direktiv 2014/24/EU. Ifølge udbudsbekendtgørelsen er prisen ikke det eneste tildelingskriterium, og alternative tilbud vil ikke blive taget i betragtning.
- 2 Der er modtaget flere tilbud inden for fristen, bl.a. fra de to klagere. Klager 1) er en erhvervsdrivende, der optræder under det firmanavn, som den pågældende har registreret i handelsregisteret, klager 2) er et selskab med begrænset ansvar, hvori klager 1) er direktør og eneste anpartshaver. Ved kendelse af 1. november 2019 blev der indledt insolvensbehandling af klager 1). Ved skrivelse af 1. december 2019 frigav kuratoren driften af klager 1)'s selvstændige virksomhed. Tilbuddene af 27. februar 2020 fra de to klagere er afgivet af den samme person, idet klager 1) i begge tilfælde er angivet som den person, der har afgivet tilbuddet. Klager 1) oplyste bl.a. i sit tilbud, at der hverken var indgivet begæring om eller indledt insolvensbehandling af den erhvervsdrivende.
- 3 Den 2. april 2020 fik de to klagere hver især meddelelse om, at deres tilbud var blevet udelukket på grund af overtrædelse af kravet om hemmelig konkurrence og på grund af konkurrencefordrejning, eftersom de var afgivet af den samme person.

- 4 De to klagere indgav klage over denne afgørelse til Vergabekammer (klagenævn for udbud), som gav dem medhold i deres klage. Den indklagede har indbragt Vergabekammerets afgørelse for den forelæggende ret.

### **De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter**

- 5 Klagerne har gjort gældende, at der ikke foreligger en overtrædelse af kravet om hemmelig konkurrence og en konkurrencefordrejning. De udgjorde på grund af klager 1)'s omfattende anvisningsbeføjelse og klager 2)'s fuldstændige kontrol en enkelt virksomhed, som ikke var undergivet intern konkurrence. En ikke-eksisterende konkurrence kan ikke begrænses eller fordrejes. Konkurrencereglerne i GWB's § 97, stk. 1, finder ikke anvendelse på virksomheder, der udgør en økonomisk enhed. Klagernes tilbud skal anses for flere (hoved-)tilbud afgivet af den samme tilbudsgiver. Dette var i det foreliggende tilfælde ikke udelukket i udbudsmaterialet. I et sådant tilfælde foreligger der ikke risiko for konkurrenceforvridning, og det er under alle omstændigheder uproblematisk, når tilbuddene ikke kun er forskellige med hensyn til pris, men også i faglig og teknisk henseende. Dette krav er opfyldt i den foreliggende sag, eftersom deres tilbud indeholdt forskellige kombinationer af køretøjer.
- 6 Klagerne har navnlig henvist til Domstolens dom af 17. maj 2018, *Specializuotas transportas* (C-531/16, EU:C:2018:324). I denne dom sondrede Domstolen klart mellem to situationer. Kun for så vidt angik den anden situation, hvor de involverede virksomheder ikke udgjorde en økonomisk enhed, bemærkede Domstolen (præmis 29), at det princip om ligebehandling, som er fastsat i artikel 2 i direktiv 2004/18, ville være tilsidesat, hvis det tillades tilbudsgivere at afgive koordinerede eller samordnede bud, dvs. bud, der hverken er selvstændige eller uafhængige, som således kan give dem uberettigede fordele i forhold til andre tilbudsgivere. Den efterfølgende tilføjelse om, at det ikke er fornødent at undersøge, om afgivelsen af sådanne tilbud ligeledes udgør en adfærd, der er i strid med artikel 101 TEUF, fremhæver udtrykkeligt, at alle bemærkningerne i præmis 29 kun gælder for en situation, hvor der ikke foreligger en økonomisk enhed.
- 7 I den foreliggende sag udgjorde klagerne en økonomisk enhed, og de havde ikke opnået en uberettiget fordel. Det følger af ligebehandlingsprincippet, hvorefter forskellige situationer skal behandles forskelligt, at tilbudsgiverne ikke kan udelukkes i tilfælde af en tilladt samordning.
- 8 Den indklagede har navnlig gjort gældende, at formålet med bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter er at sørge for ægte konkurrence mellem de tilbudsgivere, der deltager i udbudsproceduren, og som har ret til, at tilbuddene afgives uden kendskab til konkurrenternes bud. Såfremt dette princip brydes, når to tilbudsgivere udgør en økonomisk enhed, tages der ikke hensyn til de øvrige tilbudsgiveres interesser. De tilbudsgivere, som udgør en økonomisk enhed, ville blive begunstiget i forhold til de øvrige tilbudsgivere uden et juridisk holdbart

grundlag, hvilket fører til en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet og til en begrænsning henholdsvis fordrejning af konkurrencen, som skal beskyttes. Disse virksomheder, der udgør en økonomisk enhed, kan nemlig, eftersom de formelt udgør to forskellige retlige enheder, f.eks. opnå en fordel ved at deltage i udbuddet med samordnede tilbud, idet de dokumenterer, at de opfylder forskellige egnethedskriterier. Såfremt den ene tilbudsgiver i den økonomiske enhed udelukkes på grund af manglende opfyldelse af et kriterium, er den anden tilbudsgiver i den økonomiske enhed stadig med i konkurrencen med det tilbud, der er samordnet mellem disse tilbudsgivere. De aftaler og den samordnede praksis, der er nævnt i GWB's § 124, stk. 1, nr. 4, omhandler ikke kun beskyttelsen af konkurrencen mellem de virksomheder, der deltager i sådanne former for aftaler og samordnet praksis.

- 9 Specializuotas transportas-dommen støtter heller ikke klagerens opfattelse, idet en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ifølge denne dom tværtimod er til hinder for, at klagerne tildeles en kontrakt. Under alle omstændigheder er der tale om ulovlig afgivelse af to tilbud.

#### **Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen**

- 10 I henhold til artikel 57, stk. 4, litra d), i direktiv 2014/24/EU kan de ordregivende myndigheder udelukke, eller medlemsstaterne kan kræve, at de ordregivende myndigheder udelukker, en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis den ordregivende myndighed har tilstrækkelig plausible indikationer til at konkludere, at den økonomiske aktør har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning. Ifølge første punktum i 101. betragtning bør ordregivende myndigheder have mulighed for at udelukke økonomiske aktører, som har vist sig at være upålidelige som følge af alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af vedkommendes erhverv, såsom overtrædelser af konkurrenceregler.
- 11 Ved gennemførelsen af den nævnte bestemmelse har den tyske lovgiver i GWB's § 124, stk. 1, nr. 4, anvendt en formulering af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i GWB's § 1, som i vidt omfang svarer til formuleringen i artikel 101 TEUF.
- 12 Artikel 101 TEUF finder ikke anvendelse, når de aftaler eller den samordnede praksis, som den forbyder, gennemføres af virksomheder, der udgør en økonomisk enhed (Domstolens dom, Specializuotas transportas, præmis 28 med yderligere henvisninger, og dom af 12.7.1984, Hydrotherm, C-170/83, EU:C:1984:271, præmis 11).
- 13 Efter den forelæggende rets opfattelse udgør klagerne en økonomisk enhed i denne forstand. To økonomiske aktører skal anses for en økonomisk enhed, dvs. en virksomhed som omhandlet i artikel 101 TEUF, når datterselskabet, selv om det er en selvstændig juridisk person, ikke frit bestemmer sin adfærd på markedet, men i det væsentlige følger instrukser fra moderselskabet, navnlig under hensyn til

de økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelser mellem disse to juridiske enheder (jf. Domstolens dom af 27.1.2021, Goldman Sachs, C-595/18 [P], EU:C:2021:73, præmis 31, og af 24.6.2015, Fresh Del Monte Produce mod Kommissionen og Kommissionen mod Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P og C-294/13 P, EU:C:2015:416, præmis 75 med yderligere henvisninger). Den omstændighed, at »moderselskabet« i den foreliggende sag ikke er et selskab, men en registreret enkeltmandsvirksomhed, fører ikke til en anden bedømmelse.

- 14 På denne baggrund er den forelæggende ret i tvivl om, hvorvidt artikel 57, stk. 4, litra d), i direktiv 2014/24/EU skal fortolkes således, at den ordregivende myndighed skal have tilstrækkelig plausible indikationer til at konkludere, at der foreligger en overtrædelse af artikel 101 TEUF.
- 15 Den forelæggende ret er af den opfattelse, at det første præjudicielle spørgsmål skal besvares bekræftende, eftersom overtrædelse af konkurrenceregler nævnes i 101. betragtning.
- 16 Efter den forelæggende rets opfattelse kan artikel 57, stk. 4, litra d), i direktiv 2014/24/EU ikke fortolkes således, at indbyrdes tilknyttede tilbudsgivere, som udgør en økonomisk enhed og afgiver samordnede tilbud, også kan udelukkes i medfør af denne bestemmelse. En overtrædelse af kravet om hemmelig konkurrence kan derimod kun begrunde en udelukkelse i henhold til denne bestemmelse, når der er tale om en overtrædelse af en kartelretlig bestemmelse; dette kan ikke komme i betragtning, når de virksomheder, der handler, er omfattet af det såkaldte koncernprivilegium i kartellovgivningen.
- 17 I den foreliggende situation kan en udelukkelse på grund af alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet [artikel 57, stk. 4, litra c), i direktiv 2014/24/EU], som i litteraturen nævnes som restkategori, heller ikke komme i betragtning.
- 18 Tilbudsgivere, der udgør en økonomisk enhed, og som afgiver hver sit tilbud, kan ganske vist derigennem opnå uberettigede fordele i forhold til de andre tilbudsgivere. I forhold til en tilbudsgiver, der afgiver flere hovedtilbud, har tilbudsgivere, der udgør en økonomisk enhed og afgiver hver sit tilbud, nemlig bedre chancer for at blive tildelt kontrakten med hensyn til de udelukkelsesgrunde og udvælgelseskriterier, som er relateret til tilbudsgiveren. I den foreliggende sag kan en udelukkelse af klager 1) i henhold til GWB's § 124, stk. 4, nr. 2 eller nr. 8, henset til indledningen af insolvensbehandlingen eksempelvis komme på tale, mens klager 2)'s tilbud, der er samordnet med klager 1), medmindre det udelukkes i henhold til en anden bestemmelse, fortsat er med i bedømmelsen. Efter den forelæggende rets opfattelse skal der imidlertid tages hensyn til dette synspunkt i forbindelse med det andet præjudicielle spørgsmål.
- 19 Baggrunden for det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål er den forelæggende rets tvivl med hensyn til, om opregningen af de fakultative udelukkelsesgrunde i artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24/EU er til hinder for en



inddragelse af ligebehandlingsprincippet som begrundelse for, at tilbud afgivet af to tilbudsgivere, som udgør en økonomisk enhed, ikke kan tages i betragtning på grund af en overtrædelse af kravet om hemmelig konkurrence.

- 20 Det andet præjudicielle spørgsmål har til formål at afklare, om Domstolens praksis (dom af 16.12.2008, Michaniki, C-213/07, præmis 44 ff.) kan anvendes analogt på artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24/EU.
- 21 Ifølge Domstolens praksis vedrørende direktiv 2004/18/EF skal artikel 2 i dette direktiv fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for, at kontrakter kan tildeles tilbudsgivere, hvis indbyrdes forbindelser har påvirket indholdet af de tilbud, som de har afgivet som led i samme procedure. Tilbuddene skal afgives fuldstændigt selvstændigt og uafhængigt, når de stammer fra tilbudsgivere, der har en tilknytning (dom Specializuotas transportas, præmis 38 ff.). Den forelæggende ret fortolker dette således, at den ordregivende myndighed ifølge denne retspraksis – i modsætning til, hvad der gælder i henhold til artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24/EU («kan») – ikke råder over en skønsbeføjelse.
- 22 En udelukkelse – støttet på de generelle principper i GWB's § 97, stk. 1 og 2 – kan i tilfælde som det i sagen omhandlede dog kun komme i betragtning, såfremt opregningen af fakultative udelukkelsesgrunde i artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24/EU ikke er af udtømmende karakter, hvilket vil være til hinder for udelukkelsen.
- 23 Domstolen har ganske vist fastslået, at den udtømmende opregning af udelukkelsesgrunde i artikel 24, stk. 1, i direktiv 93/[3]7/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, der er støttet på manglende faglige kvalifikationer, ikke udelukker medlemsstaternes mulighed for at opretholde eller fastsætte materielle bestemmelser, der på området for offentlige kontrakter bl.a. har til formål at sikre, at ligebehandlingsprincippet og det princip om gennemsigtighed, som er en forudsætning herfor, iagttages, således som det påhviler de ordregivende myndigheder i forbindelse med enhver sådan udbudsprocedure (dom Michaniki, præmis 44 ff.). Domstolen har endvidere fastslået, at det princip om ligebehandling, som er fastsat i artikel 2 i direktiv 2004/18/EF, ville være tilsidesat, hvis det tillades tilbudsgivere at afgive koordinerede eller samordnede tilbud, dvs. tilbud, der hverken er selvstændige eller uafhængige, som således kan give dem uberettigede fordele i forhold til andre tilbudsgivere (dom Specializuotas transportas, præmis 29), selv om artikel 45, stk. 2, i det nævnte direktiv også indeholder en liste over fakultative udelukkelsesgrunde. Domstolen har endelig henvist til denne retspraksis i en præjudiciel forelæggelse vedrørende direktiv 2014/24/EU (dom af 11.7.2019, Telecom Italia, C-697/17, EU:C:2019:599, præmis 51 ff.).
- 24 Den tvivl, der ligger til grund for den forelæggende rets spørgsmål, skyldes imidlertid bestemmelsernes opbygning. De udelukkelsesgrunde, der svarer til litra e) og f) i artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24/EU, og som ikke tager udgangspunkt

i virksomhedens manglende overholdelse af forpligtelser, men i en interessekonflikt og en konkurrenceforvridning som følge af virksomhedens forudgående medvirken, fandtes nemlig hverken i artikel 24, stk. 1, i direktiv 93/[3]7/EØS eller i artikel 45, stk. 2, i direktiv 2004/18/EF. Derfor argumenteres der i litteraturen for, at EU-lovgiver med direktiv 2014/24/EU også har foretaget en udtømmende regulering af en udelukkelse på grundlag af ligebehandling og gennemsigtighed. Ganske vist har Domstolen udledt af ligebehandlingsprincippet og princippet om gennemsigtighed, at ordregivende myndigheder har pligt til at efterprøve, om der foreligger eventuelle interessekonflikter og til at træffe passende foranstaltninger med henblik på at forebygge, identificere og afhjælpe interessekonflikter (dom af 12.3.2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, præmis 43). I artikel 57, stk. 4, litra f), og artikel 41 i direktiv 2014/24/EU har EU-lovgiver inddraget Domstolens praksis – som ligeledes er støttet på ligebehandlingsprincippet – vedrørende personer, der allerede har medvirket til forberedelsen af udbudsproceduren (dom af 3.3.2005, Fabricom, C-21/03 og C-34/03, EU:C:2005:127, præmis 26 ff.). Henset til den af Domstolen fremhævede betydning af ligebehandlingsprincippet og de deraf følgende forpligtelser for den ordregivende myndighed hælder den foreliggende ret dog til den opfattelse, at ligebehandlingsprincippet uanset udvidelsen af listen over fakultative udelukkelsesgrunde i artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24/EU fortsat er til hinder for, at tilbud, der hverken er selvstændige eller uafhængige, og som er afgivet af tilknyttede virksomheder, fortsat er til hinder for, at disse kan tages i betragtning. Selv om der formodentlig skal tages hensyn til, at de ordregivende myndigheder ifølge 101. betragtning til direktiv 2014/24/EU navnlig skal tage højde for proportionalitetsprincippet ved anvendelsen af disse udelukkelsesgrunde, som – kun – er fakultative, hælder den foreliggende ret til den opfattelse, at det andet præjudicielle spørgsmål skal besvares benægtende.

- 25 Den omstændighed, at de nationale bestemmelser om obligatoriske og fakultative udelukkelsesgrunde ifølge lovens opbygning i den nationale retspraksis anses for en udtømmende ordning, er efter den foreliggende rets opfattelse i overensstemmelse med Domstolens praksis (dom Michaniki, præmis 43) og udelukker ikke en anvendelse af ligebehandlingsprincippet med henblik på at begrunde, at tilbud, der er afgivet af to tilbudsgivere, hvis tilbud er koordinerede eller samordnet indbyrdes, ikke tages i betragtning.
- 26 Det tredje præjudicielle spørgsmål drejer sig om, hvorvidt Specializuotas transportas-dommen, som udtrykkeligt vedrører indbyrdes tilknyttede virksomheder, som ikke udgør en økonomisk enhed, og hvorefter tilbud skal afgives fuldstændigt selvstændigt og uafhængigt, kan anvendes på tilbudsgivere, der udgør en økonomisk enhed.
- 27 Efter den foreliggende rets opfattelse er ligebehandlingsprincippet navnlig til hinder for, at tilbudsgivere, der udgør en økonomisk enhed og hverken kan afgive selvstændige eller uafhængige tilbud, kan tildeles kontrakter. Det ville være ulogisk, hvis indbyrdes tilknyttede virksomheder, som ikke udgør en økonomisk enhed, kun kan tildeles en kontrakt, såfremt deres tilbud faktisk er selvstændige og



uafhængige, mens dette uden videre er muligt for så vidt angår virksomheder, som udgør en økonomisk enhed og derfor ikke kan opfylde denne betingelse.

- 28 Den forelæggende ret foreslår således, at det tredje præjudicielle spørgsmål besvares bekræftende.

ARBEJDSDOKUMENT